

## Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º Milênio

João Gualberto Garcez Ramos<sup>(\*)</sup>

Procurador da República – PR

SUMÁRIO: Introdução – Breve histórico: o Ministério Público de ontem – Missão institucional: o Ministério Público criminal de hoje – Tendências: o Ministério Público do 3º Milênio – Conclusão

### Introdução

Quando se cuida de traçar um perfil do Ministério Público de todos os tempos e do 3º Milênio, que já está próximo, é indispensável refletir sobre sua evolução histórica, seus acertos e equívocos e, sobretudo, sobre suas perspectivas. É o que pretendo fazer nas linhas subseqüentes

Concentrarei minhas atenções sobre o Ministério Público com atribuições na área criminal – que doravante designarei, simplesmente, como Ministério Público criminal – por uma única e simples razão. O Ministério Público com atribuições na área da proteção dos interesses difusos já nasceu com seu papel perfeitamente desenhado pela Constituição da República. É claro que isso foi fruto de uma luta anterior, a qual deve ser enaltecida. Contudo, penso que o seu papel, salvo os ajustes sempre necessários, já está perfeitamente delineado pela Constituição. O Ministério Público extrapenal já nasceu moderno e não padece de crise de identidade

Quanto ao Ministério Público com atribuições na área criminal, ao contrário, seu perfil tradicional parece, por vezes, não mais responder às necessidades sempre cambiantes da sociedade. A forte oposição que sofre de setores influentes da sociedade aconselha que seja permanentemente repensado, para atender aos desafios do 3º Milênio e para reafirmar seu papel de liderança entre as instituições estatais.

Deitar algumas gotas nessa discussão é o que pretendo nas linhas que se seguem.

### Breve histórico: o Ministério Público de ontem

A origem do Ministério Público, tal como se o conhece hoje, encontra-se no Século XIV, na França, nas figuras dos *Gens du Roi*. Embora haja quem

(\*) Professor Adjunto da UFPR

entenda diferentemente – Antonio Pertile,<sup>(1)</sup> por exemplo, no que é acompanhado alguns anos depois por Vincenzo Manzini,<sup>(2)</sup> afirma que a origem do Ministério Público encontra-se na península itálica, especialmente nas repúblicas florentina (com os *conservatori della legge*) e veneziana (com os *avogadori di comune*) e no reino napolitano (com os *avvocati della gran corte*); Silvestro Graziano<sup>(3)</sup> afirma que a origem está no Egito antigo; Niceto Alcalá Zamora y Castillo e Ricardo Levene, Hijo, afirmam que ela pode ser encontrada na Espanha, durante a Idade Média;<sup>(4)</sup> Germano Marques da Silva admite que seja francesa, mas data-a muito posteriormente ao Século XIV ou, mais precisamente, nos anos posteriores à Revolução Francesa<sup>(5)</sup> – embora, conforme já disse linhas atrás, hajam opiniões divergentes, a Franco Cordero qualquer dúvida a respeito da origem francesa, do Século XIV, do Ministério Público, parecerá simplesmente tola. É certo que ele mesmo, como fazem diversos outros autores, acrescenta ser possível identificar alguma filiação dos *Gens du Roi* com oficiais de Estados antigos, como os *saïons* ou *graffions* do império carolíngio, servidores voltados para atividades fiscalistas e com outros temas de interesse coletivo.<sup>(6)</sup>

Antes mesmo de definir as datas, é necessário verificar porque o Ministério Público nasceu no local e na época em que nasceu. Na França do Século XIV – reino absolutista por excelência – a teoria da jurisdição consagrava que o Rei dispunha, por força da natureza de seu poder, da parcela mais importante do Poder Jurisdicional; era o que se denominava de *justice retenue*. Embora distribuisse, entre os magistrados que nomeava, parcela de seu poder de dizer a justiça, retinha, para si, a parcela mais importante desse mesmo poder. Em termos práticos, o Rei era, então, o juiz dos juízes: a mais qualificada autoridade judiciária de um Estado absolutista. Com base nesse poder, estava constitucionalmente legitimado a desconstituir ou modificar qualquer sentença judicial.

Semelhante mecanismo, posto que menos intenso e menos largo, ocorreu no Brasil Imperial, através do Poder Moderador. Dispunha o artigo 101, incisos VII, VIII e IX da Constituição de 25 de março de 1824, que o Imperador o podia exercer “suspendendo os Magistrados”, “perdoando, e

(1) PERTILE, Antonio. *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*. 1892 a 1902.

(2) MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale*. 1931 a 1932 v 2, pág. 224.

(3) GRAZIANO, Silvestro. *Difesa penale nell'istruttoria*. Bolonha, 1912, pág. 198.

(4) ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto e LEVENE, Hijo, Ricardo. *“Derecho procesal penal”*. Buenos Aires, 1945, v 1, pág. 371.

(5) SILVA, Germano Marques da. “Curso de processo penal”. Lisboa: Verbo, 1993, v 1, pág. 178. Esse autor português considera que “com as estruturas e funções actuais parece que a sua origem [refere-se ao Ministério Público] se deve buscar na legislação emergente da Revolução Francesa”.

(6) CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, págs. 173-174.

moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença” e “concedendo anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado”. Além desses dispositivos, dispunha o artigo 154 da mesma Constituição que o Imperador podia suspender os juízes “por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos Juizes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado”.

Comentando o instituto da *justice retenue*, Franco Cordero faz a pergunta: “Quanta giurisdizione resta al re?” E a responde: “Tutta, in potenza, sebbene quei suoi consulenti, poi commissari, indi officiers a tempo indefinito, abbiano acquisto l'ufficio, alienabile e trasmissibile mortis causa, o siano royal justices inamovibili ‘quamdiu se bene gesserint’, istituendoli, non se n'è spogliato e quando voglia, la esercita personalmente o mediante commissari (o a colpi meno brutali, disloca le cause dall'uno all'altro dei giudici titolati). Che esista una ‘justice retenue’, è assioma costituzionale dell'ancien régime”.<sup>(7)</sup>

Contudo, como não tivesse o dom da ubiquidade física, o Rei francês precisava se valer de fiscais de sua confiança que acompanhassem o andamento dos processos e velassem pelos seus interesses em juízo. Os magistrados não podiam ou não queriam realizar essa função. Daí porque, até mesmo por desconfiança, o Rei começou a lançar mão desses agentes (*gens du roi*) que acompanhavam os processos judiciais, defendendo, neles, os interesses da Coroa.

Está aí, também, a origem da posição de igualdade do Ministério Público em relação ao juiz em um processo predominantemente inquisitório. Se o agente do Ministério Público representava o Rei, e se o Rei estava acima do juiz, ele, agente do Ministério Público, deveria postar-se ao menos em pé de igualdade em relação ao juiz. Hoje, no Brasil, essa preocupação está refletida nos artigos 18, inciso I, letra a, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993<sup>(8)</sup> e 41, inciso XI, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.<sup>(9)</sup>

(7) CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, pág. 111. Tradução livre: “Quanta Justiça resta ao Rei?” ( ) “Toda, em potência, ainda que seus consulentes, depois comissários e mais adiante oficiais permanentes tivessem adquirido seu ofício, alienável e transmissível *mortis causa* ou fossem *royal justices* inamovíveis ‘*quamdiu se bene gesserint*’ (enquanto atuassem adequadamente); instituindo-os, por sua simples manifestação de vontade, ou exercitando o poder jurisdicional pessoalmente através de comissários (ou a golpe menos brutal, deslocando a causa de um para outro juiz titular). Que exista uma ‘*justice retenue*’ é um axioma constitucional do *ancien régime*”.

(8) “São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União ( ) institucionais ( ) sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais atuem”.

(9) “Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica ( ) tomar assento à direita dos juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma”.



Franco Cordero, invocando o autorizado testemunho de Adhemar Esmein,<sup>(10)</sup> informa que o primeiro diploma que faz menção aos Procuradores do Rei é uma *Ordonnance* de 1302, editada por Felipe, o Belo, que estabelece o juramento como requisito prévio à investidura nesse cargo e que impõe a eles a dedicação exclusiva aos encargos.<sup>(11)</sup>

Já José Frederico Marques, baseando-se em lição de René Garraud,<sup>(12)</sup> afirma que foi uma *Ordonnance* de 5 de março de 1303, editada por Felipe, o Belo, que pela primeira vez mencionou *les gens du roi*.<sup>(13)</sup>

Há, portanto, alguma concordância no sentido de que foi o Rei francês Felipe, o Belo, que pela primeira vez legislou sobre o Ministério Público. E que isso se deu entre os anos de 1302 e 1303.

Depois dessa primeira *Ordonnance*, outras fizeram menção ao Ministério Público, como a de dezembro de 1335, a de julho de 1367, a de novembro de 1371, a de julho de 1493 (editada por Carlos VIII), a de 1499 (editada por Luís XII), a de agosto de 1522, a de novembro de 1553 e a de maio de 1586.

Outra concordância inevitável sobre o tema está em que Felipe, o Belo, ao legislar pela primeira vez sobre o Ministério Público, apenas pronunciou uma realidade preexistente. Em outras palavras: o Ministério Público se impôs, pelas suas ações, e depois foi reconhecido em sede legislativa.

A passagem mais correta a esse respeito encontra-se em Hélio Tornaghi. Tão correta e bela que merece ser reproduzida: “Hoje em dia estou convencido – e nisso encontro conforto de todos os pesquisadores objetivos e serenos – de que o Ministério Público, tal como numerosos outros órgãos do Estado, não apareceu de jato, em determinado lugar, nem foi produto de ato legislativo. Foi se formando paulatinamente, foi ajuntando em torno de si várias funções antes espalhadas em diferentes mãos, foi se aperfeiçoando, até que uma lei o encontrou cristalizado e o consagrou”.<sup>(14)</sup>

É preciso reconhecer que, embora o Ministério Público tenha sua verdadeira origem no Século XIV, suas atribuições criminais começaram muito tempo depois: apenas em uma *Ordonnance* de 1499 foi autorizado a atuar em juízo contra os

(10) ESMEIN, Adhemar. *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*. Paris, 1882, págs. 101 e segs.

(11) CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, págs. 173-174.

(12) GARRAUD, René. *Précis de droit criminel, contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux codes*. Paris, 1881, pág. 1. José Frederico Marques cita, em seu manual, uma edição mais recente (1926) da obra de René Garraud.

(13) MARQUES, José Frederico. “Elementos de direito processual penal”. 2. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. 2, n.º 247, pág. 37.

(14) TORNAGHI, Hélio. “A relação processual penal”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, pág. 167.

acusados da prática de crimes. Além disso, é também indisputável que a função propriamente ativa no processo penal condenatório o Ministério Público francês somente a foi receber depois do ocaso da *Ordonnance Criminelle*, de 1670, o antigo Código de Processo Penal francês, ocaso esse ocorrido quando da edição do *Code d'Instruction Criminelle*, já no Século XIX. Portanto, desde sua criação, no Século XIV, até o Século XIX, o Ministério Público francês não possuiu qualquer função ativa no processo penal. Sua atuação era meramente formal; ainda fiscalizatória. Não possuía sequer poder de iniciativa quanto às provas. Em diversos outros países, como o Brasil, não foi diferente por muito tempo.

Assim, é possível concluir, com Franco Cordero, que a função processual penal do Ministério Público nasceu com perfil no máximo fiscalizatório.<sup>(15)</sup> Só muito tempo depois – séculos depois – somou-se a ela a de propor a ação penal pública.

No Brasil, o primeiro diploma legal a fazer indireta menção ao Ministério Público foi o Regimento da Primeira Relação<sup>(16)</sup> de 7 de março de 1609. Esse regimento não tratava do Ministério Público enquanto instituição, mas criava os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco e de Promotor da Justiça.

Um Alvará de 1808, que transforma a Relação da cidade do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil prevê a atuação, perante esse tribunal – na prática, o primeiro Superior Tribunal de Justiça da história brasileira – de um Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda e de um Promotor da Justiça.

Um decreto de 12 de julho de 1821, que trata dos princípios norteadores da liberdade de imprensa – na verdade, uma lei destinada a reprimir os pasquins contrários ao Imperador e à sua família – depois de criar a figura ímpar do Promotor do Juízo dos Jurados – como estes, eleita pelos cidadãos eleitores da comarca – estabelece, no seu art. 30, que “o Promotor será o Fiscal por parte do público para dar a denúncia e promover a acusação dos delitos cometidos por abuso da liberdade da imprensa; e o mesmo fica sendo permitido a todo e qualquer cidadão; exceto nos casos (...) em os quais somente as pessoas ofendidas o poderão fazer”. Substitui essa lei a de 20 de setembro de 1830, que em diversos de seus artigos refere-se ao Promotor do Juízo dos Jurados.

A Constituição Imperial, de 1824, não fez menção ao Ministério Público enquanto instituição. Referiu-se apenas, no seu artigo 50, ao Procurador da Coroa.<sup>(17)</sup> A denominação mais curta indicava a maior relevância do cargo.

(15) CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, págs. 173-178.

(16) Relação era o nome dado aos antigos tribunais de apelação.

(17) “No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Coroa (...)”.



Roberto Lyra menciona uma Lei de 18 de setembro de 1828, a qual, segundo afirma, previa a atuação de um Promotor de Justiça em cada Relação e em cada Comarca.<sup>(18)</sup>

A Lei de 23 de setembro de 1828, em seu artigo 1º, previa que “em nenhum processo criminal, por mais sumário, que seja, se profetirá sentença definitiva, ou o réu esteja preso, ou solto; sem que a parte acusadora, ou o Promotor, na falta dela, apresente a acusação por escrito com especificada menção dos autos, e termos do processo, que fazem culpa; e se admita a contestação do réu, dando-se lugar à prova dela, quando for de receber, por apresentar matéria de defesa, que, provada, releve”.

A Lei de 3 de dezembro de 1841 atribuiu aos Promotores de Justiça o papel de “produzir a acusação dos delinquentes e fazê-los condenar”.

A primeira Constituição da República, de 1891, também não fez menção à instituição do Ministério Público; limitou-se a indicar o critério de nomeação do Procurador-Geral da República que, segundo o artigo 58, § 2º, deveria recair sobre um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.<sup>(19)</sup>

Somente com os artigos 95 a 98 da Constituição de 1934 é que o Ministério Público passou a ser tratado como um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais.

Na ocasião, o artigo 95 da Constituição estabeleceu que o Ministério Público seria organizado por lei federal na União, no Distrito Federal e nos Territórios e por lei estadual nos Estados. Seu § 1º destacou o Procurador-Geral da República do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo apenas a similitude com os Ministros, isto é, os requisitos para os cargos seriam os mesmos. Estabeleceu-o também como o Chefe do Ministério Público Federal. O § 2º dispôs que os chefes dos Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios seriam de livre nomeação do Presidente da República, com requisitos genéricos, como a reputação ilibada e o notável saber jurídico. Também equiparou os vencimentos dessas autoridades aos dos Desembargadores. Por fim, seu § 3º vinculou a criação de cargos no Ministério Público à lei formal, tornou obrigatória a realização de concurso para o provimento e estabeleceu a garantia da estabilidade aos seus membros, isto é, perda do cargo por sentença judiciária ou por processo administrativo com ampla defesa. O artigo 96 regulava a atuação do Procurador-Geral da República no caso de declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo de lei ou ato governamental.

(18) Cf. LYRA, Roberto. “Teoria e prática da promotoria pública”. 2. ed., Porto Alegre: Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1989, pág. 21.

(19) “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República cujas atribuições se definirão em lei”.

O artigo 97 estabelecia que “os chefes do Ministério Público na União e nos Estados” não poderiam “exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição”. Cominava a perda do cargo para o caso do descumprimento de seu dispositivo. O artigo 98, por fim, dispunha que o Ministério Público, nas Justiças Militar e Eleitoral, seria organizado por leis especiais; e que as incompatibilidades relacionadas com esta última, seriam apenas as arroladas na lei orgânica.

A Constituição de 1937 tratava do Ministério Público Federal, no artigo 99, apenas para estabelecer que o Procurador-Geral da República seria seu chefe – a propósito: demissível *ad nutum* – criando, outrossim, os requisitos para sua escolha. A Constituição de 1937 reconhecia a existência do Ministério Público nos Estados de forma indireta, através dos artigos 105 e 109, parágrafo único. Nada mais.

A Constituição de 1946, em seus artigos 125 a 128, tornou a dar *status* constitucional ao Ministério Público. Contudo, continuava a prever a demissibilidade *ad nutum* do Procurador-Geral da República<sup>(20)</sup> e a representação judicial da União por parte dos Procuradores da República.<sup>(21)</sup> De alvissareiro, a repetição dos dispositivos da Constituição de 1934 com relação à obrigatoriedade do concurso público para ingresso na carreira, à estabilidade após dois anos de exercício e uma novidade: a garantia da inamovibilidade, somente excepcionada por conveniência do serviço, externada em representação do chefe do Ministério Público,<sup>(22)</sup> garantias essas estendidas aos Ministérios Públicos dos Estados.<sup>(23)</sup>

A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969, nada inovaram com relação ao Ministério Público. Interessa apenas o fato de que a Emenda nº 1, de 1969, pela primeira vez, retirou o Ministério Público do capítulo do Poder Judiciário transferindo-o para o do Poder Executivo.

(20) Cf. artigo 126: “O Ministério Público Federal tem por chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum*”.

(21) Cf. parágrafo único do artigo 126: “A União será representada em juízo pelos Procuradores da República podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local”.

(22) Cf. o artigo 127: “Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que [se] lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço”.

(23) Cf. o artigo 128: “Nos Estados, o Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o princípio de promoção de entrada a entrada”.



A Constituição da República de 1988, por sua vez, foi a que mais generosamente tratou o Ministério Público, dando-lhe garantias e vedações equivalentes às da Magistratura e cometendo-lhe funções até então inéditas.

É à sombra desse novo quadro normativo que pretendo fazer as reflexões sobre o Ministério Público.

### **Missão institucional: o Ministério Público criminal de hoje**

Qual é a real missão institucional do Ministério Público criminal? Essa é a pergunta que pretendo responder nas linhas que se seguem.

Como exemplo da doutrina tradicional a respeito dessa missão, tome-se a obra de Vicente de Paulo Vicente de Azevedo. Nela, o autor afirma que a origem do Ministério Público "é contemporânea do conceito de que o delito é, antes de tudo, um atentado à ordem social, e por isso mesmo, sua repressão interessa altamente à coletividade, não podendo ficar relegada ao arbítrio de particulares" <sup>(24)</sup>

Nessas considerações, percebe-se nitidamente que, para o eminente professor paulista, o Ministério Público criminal tem como um de seus papéis o de combater o crime enquanto realidade ontológica; de combater a criminalidade.

Há outros exemplos dessa concepção.

No início dos anos 70, período caracterizado pela existência de um maniqueísmo quase doentio, em tese apresentada e, na sua essência, aprovada, durante o I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, realizado em dezembro de 1971, Manoel de Figueiredo Ferraz conclui que a instituição deveria ter papel preponderante nessa proteção, que incluía o combate aos atentados contra a segurança nacional, todos e qualquer um, vindos do exterior ou do interior do país: "Ao lado das Forças Armadas, que executa [*sic*] a política da Segurança Nacional arme-se o Ministério Público de meios de ação para fiscalizar a lei e permitir à sociedade brasileira a tranquilidade a que faz jus. Se as Forças Armadas, nos termos do artigo 91 da Constituição de 1967; são essenciais à execução da política de Segurança Nacional, indispensável também a ação do Ministério Público como instituição vigilante e atenta para a fiel e plena execução da lei". E chega ao exagero de afirmar que, "nos dias presentes [início da década de 70] todos são responsáveis pela Segurança Nacional" <sup>(25)</sup>

(24) AZEVEDO, Vicente Paulo Vicente de "Curso de direito judiciário penal". São Paulo: Saraiva. 1958. v. 1, pág. 98

(25) FERRAZ, Manoel de Figueiredo "A segurança nacional e o Ministério Público". In: *Justitia*: Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e Associação Paulista do Ministério Público, 1973, edição especial, v. 1, págs. 215-219

Em sentido aproximado – há uma maior preocupação com o aspecto da independência do Ministério Público enquanto instituição – encontra-se a tese apresentada por José Fernando da S. Lopes, a qual também foi aprovada por unanimidade. A certa altura, afirma que "o Ministério Público, Instituição integrada no poder nacional e órgão do Estado a serviço da distribuição imparcial de Justiça, é fundamental à Segurança Interna e contribui para [a] conquista e preservação dos objetivos nacionais permanentes" <sup>(26)</sup>

Nessas duas concepções, à parte as críticas que podem ser assacadas contra a doutrina da segurança nacional que claramente adotam – críticas contundentes que foram magistralmente expostas por Heleno Cláudio Fragoso, <sup>(27)</sup> Nilo Batista <sup>(28)</sup> e Antonio Evaristo de Moraes Filho, <sup>(29)</sup> para ficar com três exemplos – à parte essas críticas, inteiramente procedentes, há uma clara opção metodológica que dá ao Ministério Público criminal uma missão, que o vê como um soldado de frente na condução de alguma alta missão de conteúdo social ou político.

Há mais exemplos: Luiz Antonio Fleury Filho, alguns anos antes da promulgação da Constituição de 1988, identifica o Ministério Público criminal com a Nova República e, especialmente, com o combate à corrupção; <sup>(30)</sup> Waldemir de Oliveira Lins também sustenta que uma das principais funções do Ministério Público criminal seja a de reprimir a criminalidade <sup>(31)</sup>

Assim, percebe-se que, conforme a doutrina tradicional, que fornece o substrato da cultura dos profissionais que atuam no âmbito criminal, a missão primacial do Ministério Público criminal é a de combater a criminalidade

(26) LOPES José Fernando da S. "O Ministério Público e a segurança nacional" In: *Justitia*: Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e Associação Paulista do Ministério Público, 1973 edição especial, v. 1 págs. 221-225

(27) FRAGOSO, Heleno Cláudio "Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática" Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1980. págs. 15-20

(28) BATISTA, Nilo. "Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte" In: "Temas de direito penal" Rio de Janeiro: *Liber Iuris*. 1984. págs. 11-33 e "Para que serve essa boca tão grande?": observações sobre o anteprojeto governamental de lei de segurança do Estado In: "Temas de direito penal" Rio de Janeiro: *Liber Iuris*. 1984. págs. 34-40.

(29) MORAES FILHO, Antonio Evaristo "Lei de segurança nacional: um atentado à liberdade" Rio de Janeiro, 1982.

(30) FLEURY FILHO, Luiz Antonio. "O Ministério Público na Nova República" In: *Justitia* São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e Associação Paulista do Ministério Público, 1973, v. 127, págs. 60-63

(31) LINS, Waldemir de Oliveira. "Da função do Ministério Público na repressão do crime" In: "Revista de direito penal" Rio de Janeiro: Borsoi. 1972. v. 6. págs. 65-80



Será verdadeira essa asserção?

Antes de responder essa questão, há algumas premissas a serem enfrentadas

A primeira premissa é a de que não há uma criminalidade. Há várias criminalidades, que discrepam de sociedade para sociedade. Cada qual com importantes especificidades, que impedem o uso do substantivo no singular.

As diversas criminalidades, que existem em cada uma das sociedades, auxiliam o intérprete a compreender qual a principal mazela que aflige os cidadãos. Paradoxalmente, possuem aspectos benéficos.<sup>(32)</sup>

Aceita a premissa anterior, em si óbvia, admita-se, para argumentar, que o Ministério Público criminal tivesse qualquer papel de protagonista no combate das criminalidades. Apenas para servir aos objetivos de um argumentação *ad absurdum*, sublinhe-se o enunciado: o Ministério Público criminal tem o papel de combater todas as criminalidades da sociedade.

Só com o enunciado é possível auferir o disparate: uma única instituição com a missão de combater todas as criminalidades. A variedade dos objetivos de uma instituição assim concebida impediria, decerto, qualquer possibilidade de ação eficaz. Seria uma instituição natimorta, pela imediata desmoralização de que seria vítima.

Tome-se como primeiro exemplo a criminalidade de bagatela.<sup>(33)</sup> Por definição, trata-se de uma criminalidade que, enquanto problema social, não preocupa. É um não-problema. A utilização não paga do transporte coletivo tolerada pelo motorista ou cobrador (Código Penal, art. 171), a apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (Código Penal, art. 169, *caput*), a apropriação de tesouro (Código Penal, art. 169, inciso I), a apropriação de coisa achada (Código Penal, art. 169, inciso II), as vias de fato

(32) Cf. BARTOLI, Márcio. "O lado benéfico do crime". In: "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1993. v. 2. págs. 77-82.

(33) Cf., a propósito da criminalidade de bagatela, os estudos feitos na Alemanha por Justus Krümpelmann ("Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff" de 1966) Dieter Rössner ("Bagatelldiebstahl und Verbrechenskontrolle: ein exemplarischer Beitrag zur Entkriminalisierung durch quantitative Begrenzung des Strafrechts", de 1976) e K. L. KUNZ ("Das strafrechtliche Bagatellprinzip", Berlim, 1984); na Espanha, por Teresa Armenta Deu ("Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos discriminizadores arbitrarios en la RFA con especial referencia al principio de oportunidad", In: "Justitia", 1990 e "Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad. Alemania y España", Barcelona: PPU, 1991) e na Itália, por Carlo Enrico Paliero ("Note sulla disciplina dei reati 'bagatellari'", In: "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", Milão: Giuffrè, 1979, nuova serie, ano 22 e "Minima non curat praeior", Pádua: 1985).

(Lei de Contravenções Penais, art. 21), a vadiagem (Lei de Contravenções Penais, art. 59), a mendicância (Lei de Contravenções Penais, art. 60), a extorsão praticada pelos chamados "guardadores de carro" (Código Penal, art. 158, *caput*)<sup>(34)</sup> são todas condutas que, na prática, ocorrem completamente à margem de qualquer preocupação institucional.

Na Itália, há poucos anos, alguns Procuradores da República passaram a sustentar em processos criminais que o furto em grandes estabelecimentos comerciais, vigiados por câmeras, era um crime impossível. Isso porque, além das câmeras que vigiam os movimentos dos fregueses, esses estabelecimentos já embutem nos preços um certo percentual destinado a neutralizar as quebras, que ocorrem por manipulação equivocada, por má conservação, por furtos etc. As câmeras são colocadas pelo estabelecimento como forma de controlar o furto, não de reprimi-lo completamente. O furto discreto, de pequenos objetos, é tolerado. A um grande estabelecimento comercial – cuja simpática imagem de "amigo do cliente", embora muita vez falsa, é essencial – não interessa confrontar um cliente com a acusação de que subtraiu, para si, um doce ou um outro pequeno objeto. Por isso, é possível afirmar que, dentro de certos limites, esse furto é conscientemente tolerado. Somente quando ultrapassa um certo ponto, ou quando torna-se habitual, é que o estabelecimento passa a exercer alguma forma de controle mais incisivo. Por isso, os Procuradores da República italianos passaram a arquivar as acusações de pequenos furtos em estabelecimentos comerciais de grande porte – a não ser que estivesse documentada, por exemplo, a habitualidade ou quando o valor dos objetos subtraídos fosse alto – por entender que, nesses casos, o Estado não tem papel algum a desempenhar. A Corte Suprema de Cassação italiana sancionou esse entendimento.<sup>(35)</sup>

A não ser que se trate de uma sociedade minuciosamente autoritária, que se preocupe com os mais íntimos meandros da conduta humana, com graves prejuízos às liberdades públicas, a conduta criminalmente típica de bagatela permanecerá à margem das preocupações de qualquer instituição, pública ou privada.

Outro exemplo: a criminalidade ocorrida no seio das instituições familiares. A violência, a fraude, o abandono, desde de que ocorridos no seio

(34) Cf. FIORE, Carlo. "L'azione socialmente adeguata nel diritto penale". Nápoles: Morano, 1966. Esse autor italiano enumera outras formas de criminalidade de bagatela: a oferta de pequenos mimos a funcionários públicos (pág. 5); a apropriação das moedas lançadas nas fontanas italianas (pág. 5); o *ius corrigendi* dos pais em relação aos filhos desde que exercido moderadamente (pág. 25) etc.

(35) Eis a ementa da Sentença nº 1.069/2000, proferida pela 5ª Seção Penal (Presidente G. Consoli – Relator A. Amato) da Corte Suprema de Cassação italiana: "Furto commesso da addetto ad un supermercato – il reato non si consuma nel caso in cui il titolare dell'esercizio (o persona da lui incaricata) controlli lo svolgimento dell'azione furtiva così da poterla interrompere". Tradução livre: "Furto cometido pelo encarregado de um supermercado – O crime não se consuma no caso em que o titular do direito (ou pessoa por ele encarregada) controle o desenvolvimento da ação furtiva de modo a poder interrompê-la".



de uma família ciosa de sua intimidade, permanecerão indefinidamente à margem de qualquer repressão

Está claro que instituições, públicas ou privadas, preocupar-se-ão, eventualmente, com a prevenção dessas criminalidades nancas, através das mais variadas ações; como as educativas, por exemplo. Mas jamais criar-se-á uma única instituição com a missão de combater a criminalidade de bagatela. Muito menos o Ministério Público criminal terá qualquer papel a desempenhar nesse âmbito.

Chegada a discussão a esse ponto – conclui-se que o Ministério Público criminal não tem papel de combater todas as criminalidades – deixem-me dar um passo adiante e considerar as criminalidades mais preocupantes.

Terá o Ministério Público criminal algum papel no combate das criminalidades mais aflitivas?

A obtenção de uma resposta, aqui, depende de saber quais são as criminalidades mais aflitivas para uma dada sociedade. E envolve, sobretudo, opções a serem previamente feitas. É o que escreve Roberto Lyra Filho: "Convém assinalar que a divisão da sociedade em classes produz, necessariamente, um pluralismo moral, diante do qual urge tomar posição, assim como determina, também, o pluralismo jurídico (...) A atitude crítica, perante os valores morais ou jurídicos há de estar ligada à conscientização do processo e à linha de progresso histórico-social da humanidade, isto é, ao alargamento da quota de atualização da liberdade ontológica do homem, conforme as aquisições da *praxis* social" (36). A criminalidade aflitiva para a classe média não o é necessariamente para as classes pobres. Trata-se de saber quem tem poder de mobilizar a opinião pública (37) no sentido de determinar qual a criminalidade da vez. Dizem que a História acabou; contudo, são perfeitamente atuais – talvez mais atuais do que nunca – as advertências feitas por Roberto Lyra Filho (38) e Juarez Cirino dos Santos (39) no sentido de que o conceito de crime é dependente da divisão da sociedade em classes sociais. Não o é no sentido de um determinismo monolítico, isto é, que identificasse o poder de criminalizar condutas com o poder das classes dominantes. De novo se deve invocar Roberto Lyra Filho: "É claro que, na passagem ao estatal, subsistem ordenamentos conflitantes, modelando consciências jurídicas

(36) LYRA FILHO, Roberto. "Criminologia dialética". Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pág. 110.

(37) Cf., quanto à dificuldade de obter um conceito unívoco de opinião pública e, outrossim, quanto à sua freqüente irracionalidade, BONAVIDES, Paulo. "Ciência política" 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, págs. 445-464.

(38) LYRA FILHO, Roberto. "Criminologia dialética". Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, págs. 71-120.

(39) SANTOS, Juarez Cirino dos. "As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência". Rio de Janeiro: Forense, 1984, págs. 75-84.

contraditórias na própria medida em que a sociedade dividida em classes o determina. Entretanto, não basta dizer isto, pois a admissão do Estado como pura expressão da classe dominante elimina as contradições, isto é, infradialetiza a realidade" (40). Assim, prefiro dizer que a criminalidade da vez é determinada não pelas classes dominantes, mas pelas classes com maior poder de mobilização da opinião pública.

Torno à questão principal: aceitado o fato de que, em um dado momento histórico, a sociedade faz suas opções pelas criminalidades mais aflitivas e a serem combatidas a todo custo, o Ministério Público criminal tem algum papel a desempenhar nesse caso?

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que as criminalidades são combatidas – ou estimuladas – por instituições; diversas instituições, como diversos também são os fatores da criminalidade, na linha do que sustenta a moderna teoria da etiologia multifatorial do crime (41). Aquelas predominantemente destinadas à realização de objetivos éticos previnem ou reprimem as criminalidades. A família, a escola, os meios de comunicação social, as organizações não governamentais – incluídas aqui toda e qualquer organização, mesmo aquela destituída de existência jurídica – além dos seus objetivos imediatos, também trabalham no sentido de prevenir ou de reprimir as criminalidades. Ou, ao menos, de prevenir a ou reprimir as criminalidades que as incomodam. Todavia, está claro que as coisas não operam com tamanha simplicidade. Mesmo a família e a escola operam, freqüentemente, como fatores de estímulo à criminalidade. Seja como for, o Ministério Público criminal teria muito pouco o que fazer no específico âmbito de atuação de certas instituições.

Da mesma maneira com relação às criminalidades prevenidas ou reprimidas pelos órgãos estatais competentes para a fiscalização de interesse estratégico, ou que envolvem riscos, e que requerem, em todo o caso, esse acompanhamento especializado. O Ministério Público criminal não poderia, por exemplo, substituir-se aos órgãos de vigilância sanitária. Da mesma maneira com relação às chamadas "agências reguladoras", como a Agência Nacional de Saúde (ANS), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Águas (ANA), Departamento de Aviação Civil (DAC) etc.

Em relação à atividade propriamente de segurança pública, a resposta não é muito diferente.

(40) LYRA FILHO, Roberto. "Criminologia dialética". Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, págs. 105-106.

(41) Cf. GÖPPINGER, Hans. "Criminologia". Tradução de Maria Luisa Schwarck e Ignacio Luzarraga Castro. Madri: Reus, 1975; KAISER, Gunther. "Kriminologie: eine Einführung in die Grundlagen" 3. ed., 1976; PINATEL, Jean. "La société criminogène". Paris, 1971.



Há pelo menos um argumento jurídico a embasar essa conclusão: o Ministério Público criminal não faz parte da estrutura estatal de segurança pública. Basta ler o que dispõe o artigo 144 da Constituição da República: "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares"

Assim, sob o aspecto puramente constitucional, não parece restar ao Ministério Público criminal um papel significativo no combate propriamente dito às criminalidades. Há, porém, argumentos de outras ordens.

O primeiro deles decorre do fato de que já existe, dentro do ordenamento constitucional brasileiro, órgãos especialmente identificados com esse trabalho. A superposição de atribuições, em terreno tão sensível, teria apenas o condão de gerar conflitos no desenvolvimento das atividades. Não seria, em absoluto, produtiva.

O segundo deles é o de que o Ministério Público criminal não tem treinamento, nem instrumental, nem experiência para combater a maior parte das mais aflitivas criminalidades. Os órgãos de segurança pública possuem esse treinamento. Seria simplesmente ilógico dispensar a experiência (passada) em troca de uma experiência (futura).

E, finalmente, o terceiro argumento é de que o Ministério Público criminal opera em um terreno garantista. Com efeito, o processo penal é um terreno em que as garantias do acusado funcionam como importantes fatores de limitação à atividade estatal. É garantista e otimizador da justiça, não da eficácia, embora um valor não exclua o outro. A prevenção e a repressão às criminalidades, posto que não dispensem o respeito aos direitos e garantias individuais, operam mais fortemente com o valor eficácia. A agilidade exigida pelas ações policiais, desde a prevenção até a investigação, dificilmente resistiriam ao garantismo imposto pelo processo penal. Esse, aliás, é o argumento mais importante para desaconselhar o contraditório nas investigações criminais.

Assim, não me parece correta a asserção de que o Ministério Público criminal tenha o papel de combater as criminalidades, mesmo as mais aflitivas. Essa tarefa pertence aos órgãos de segurança pública.

É claro que não se pode desprezar os efeitos de prevenção geral e especial ocasionados pelo direito penal e pelo processo penal condenatório. É razoável pensar que esses efeitos existem e cooperam na prevenção da criminalidade. Comprovam sua existência diversos estudos, conforme afirmam José Pastore, Denise Franco Rocca e Liliana Pezzin, em estudo empírico sobre a criminalidade violenta nos espaços urbanos patrocinado pelo Instituto de

Pesquisas Econômicas da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. Nesse estudo, afirmam que "a maioria das tentativas em testar respostas criminais às mudanças 'incrementais' na intenção punitiva (aumento da pena anteriormente imposta quer em extensão, quer em severidade) tem explorado as variações nos índices de crime e nos níveis de sanção entre jurisdições. Tais estudos consistentemente comprovam que localidades com maior nível de sanção tendem a apresentar menores taxas criminais".<sup>(42)</sup>

Contudo, é preciso admitir que o processo penal e o direito penal nem sempre operam como dissuasores. Podem ser estimulantes. São fatores que dependem, para sua implementação, do destinatário. É perfeitamente possível que, tendo em conta a pessoa que é objeto de um processo penal condenatório, o efeito seja precisamente o contrário: estimular-lhe a vocação ou intenção criminosa. A propósito, Karl Ferdinand Schumann considera falsa toda a alusão de algum efeito preventivo da norma penal.<sup>(43)</sup>

Além disso, se são deterrentes, não são mensuráveis. Os mesmos José Pastore, Denise Franco Rocca e Liliana Pezzin admitem que "embora a evidência acumulada mostrando a associação negativa entre as taxas criminais e toda uma variedade de medidas de risco seja substancial e inquestionável, sua interpretação tem sido objeto de intensas controvérsias: discute-se, assim, ainda hoje, se tal correlação negativa é um mero reflexo do efeito dissuasor das penas e sanções sobre o crime ou se a relação entre ambos não esconde algumas outras sutilezas e complexidades que caracterizam a associação tão simples e linear".<sup>(44)</sup>

O senão dessa abordagem é que esses efeitos têm sido usados pelo Estado como subterfúgios para não investir nos órgãos encarregados da prevenção e repressão penais. Apenas legislar, legislar e legislar; invariavelmente mal: tem sido a política criminal do Estado brasileiro. Portanto, é preciso ir com muita calma quando se sustenta a ocorrência desses efeitos.

Contudo, penso que cabe ao Ministério Público criminal uma missão relevantíssima dentro da experiência penal, e que não é a de ser um órgão de frente da repressão penal.

Penso que a ele cabe o papel de funcionar como um balizador ético das atividades estatais de prevenção ou de repressão à criminalidade. É seu papel mostrar, através de diversos mecanismos ao seu dispor, como o processo penal, o processo

(42) PASTORE, José, ROCCA, Denise Franco e PEZZIN, Liliana. "Crime e violência urbana". São Paulo: IPE-USP e FIPE, 1991, pág. 49.

(43) SCHUMANN, Karl Ferdinand. "Positive generalprävention". Heidelberg, 1989, apud PALIERO, Carlo Enrico. "Il principio di effettività del diritto penale". In: "Rivista Italiana di diritto e procedura penale". Milão: Giuffrè, 1990.

(44) PASTORE, José, ROCCA, Denise Franco e PEZZIN, Liliana. "Crime e violência urbana". São Paulo: IPE-USP e FIPE, 1991, pág. 50.



civil, o processo administrativo, o controle externo da atividade policial etc., que essas atividades devem se pautar por estritos limites éticos, sob pena do Estado ombrear-se com organizações criminosas. No momento em que um membro do Ministério Público criminal cobra a responsabilização funcional de um funcionário de algum dos mecanismos de prevenção ou de repressão à criminalidade ou propõe uma ação penal contra ele, confirma-lhe a missão precípua

Quando o Ministério Público criminal processa um policial cria, obviamente, um mal-estar na corporação. Contudo, vistas as coisas serenamente, ele está a incrementar a qualidade da atividade policial; a agregar-lhe valor, para usar uma expressão do momento. Se a apuração das responsabilidades se verifica de maneira transparente, a instituição policial, ao invés de prejudicada, sai do episódio fortalecida.

Uma das formas de exercer esse balizamento é velar pela responsabilização funcional dos agentes públicos encarregados da prevenção e repressão das diversas criminalidades. Mas não é a única. Há experiências com medidas propostas pelo Ministério Público, ainda que não exclusivamente criminal, no sentido de auxiliar os próprios órgãos responsáveis pela segurança pública a incrementar os instrumentos e os meios de prevenir e combater as criminalidades.

### Tendências: o Ministério Público do 3<sup>o</sup> Milênio

Fixada a premissa de que o papel do Ministério Público criminal não é combater as criminalidades, mas lhe cabe velar pela atuação ética dos profissionais do Estado comprometidos institucionalmente com esse combate, cabe tecer considerações sobre o futuro. Qual o papel do Ministério Público criminal de hoje para a frente?

Antes de fazer previsões, minha intenção é identificar alguns "pontos de estrangulamento" e, a partir daí, apontar caminhos menos tortuosos.

Quero crer que uma das razões pelas quais o processo penal enfrenta uma crise nos dias de hoje é sua perda de legitimidade social. Baseado em Luis Alberto Warat<sup>(45)</sup> e em Nelson Hungria<sup>(46)</sup> já escrevi que a linguagem do processo penal e, por conseguinte, do direito penal, encontra-se empanzinada e, por causa disso, estiolada<sup>(47)</sup>. Com isso quis dizer que, nos dias de hoje, o processo e o direito penal tornaram-se coisas de burocratas ou, pior, de tecnocratas,

(45) WARAT, Luis Alberto. "A ciência jurídica e seus dois maridos". Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. pág. 17.

(46) HUNGRIA, Nelson. "Os pandectistas do direito penal: conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em maio de 1949". In: HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Comentários ao Código Penal: apêndice" 6 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. v. 1 t. 2 págs. 357-369.

(47) RAMOS, João Gualberto Garcez. "Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência". Belo Horizonte: Del Rey, 1996. págs. 365-371.

indivíduos especializados em transformar razões finais em tratados aracnídeos, em encontrar micronulidades etc., descuidados para a realidade maior representada pelo sistema penal.

Esse perfil tecnocrático do sistema penal de hoje precisa ser combatido. Para obter esse resultado, é necessário ampliar a base de legitimados ao processo penal condenatório.

Para isso, porém, penso que o Ministério Público criminal tem de ter a grandeza de aceitar uma ampliação do espaço dos outros sujeitos no processo penal condenatório. Talvez essa seja uma das mais polêmicas sugestões que ouse apresentar, mas estou certo que esse aumento de espaço contribuiria para espriar as discussões dentro do processo penal.

Permitam-me fazer algumas digressões.

A atual doutrina penal no Brasil é, em muitos de seus aspectos, decepcionante. Alguns autores parecem escrever seus livros baseados na idéia de que o único ser digno de proteção processual é o acusado. Esse desequilíbrio é hoje objeto de investigações pelo mais fecundo ramo da criminologia, a vitimologia, que estuda hoje cada vez mais a vitimização processual do ofendido.<sup>(48)</sup> Também já escrevi a respeito.<sup>(49)</sup>

(48) Cf., a propósito, os estudos feitos na Alemanha, por Michael Baurmann ("Sexualität, Gewalt und psychische Folgen: eine Längsschnittuntersuchung bei Opfern sexueller Gewalt und sexuellen Normverletzungen anhand von angezeigten Sexualkontakten", de 1983) e Winfried Hassemer ("Das Opfer als Verfolger: Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren", de 1996); na Argentina, por Elias Neuman ("Victimologia y control social: las víctimas del sistema penal", de 1994); na Bélgica, por Benjamin Mendelsohn ("La victimologie: science actuelle". In: "Revue de Droit Pénal et de Criminologie". Bruxelas, 1959, v. 2); no Canadá, por Denis Szabo ("Victimologie et criminologie: tendances et applications", de 1979); na Espanha, por Gerardo Landrove Díaz ("Victimología", de 1990); nos Estados Unidos da América (do norte) por L. Holmstrom e A. Burgess ("The victim of rape: institutional reactions", de 1978), Stephen Schafer ("The victim and his criminal: a study in functional responsibility", de 1968) e "Compensation and restitution to victims of crime", 2 ed. em 1970) e Landance McCoy ("Politics and plea bargaining: victim's rights in California", de 1993); em Portugal, por Manoel da Costa Andrade ("A vítima e o problema criminal". Coimbra: Coimbra Editora, 1980); na Venezuela, por Lola Aníyar de Castro ("Victimología". Caracas, 1969) e, no Brasil, por Laércio Pellegrino ("Victimologia", In: "Revista de Direito Penal". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, v. 9 e 10) Waldir Rolim ("De como ressarcir os danos causados às vítimas de infrações penais". In: "Justitia". São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1980, v. 111). Rolf Koerner Júnior ("Reflexões sobre o tratamento à vítima e o arrependimento posterior na lei penal do futuro". In: "Themis". Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 1981, v. 4, nova fase), Eduardo Mayr ("Vitimização judicial da vítima: algumas reflexões: visão brasileira". In: "Fascículos de Ciências Penais". Porto Alegre: Fabris, 1982, v. 5-4) e Laertes de Macedo Torrens ("Ao lado das vítimas". In: "Revista Brasileira de Ciências Criminais". São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1996, v. 14). Não se pode deixar de mencionar, outrossim, o clássico estudo de um dos mais importantes positivistas penais, Raffaele Garofalo ("Riparazione alle vittime del delitto", de 1887).

(49) RAMOS, João Gualberto Garcez. "Audiência processual penal". Belo Horizonte: Del Rey, 1996, págs. 213-225.



Não seria apropriado declinar nomes, mas é certo que alguns autores do direito penal e do direito processual penal – que parecem exercer somente a nobre função de advogados-defensores: nunca ficaram ao lado do drama de uma vítima de crime – procuram construir, à sua maneira, um sistema processual penal em que é impossível tocar em quem quer que seja, tão ineficaz ele se torna.

Semelhante desequilíbrio não se observa, por exemplo, no direito processual civil. Imaginem um processualista civil que escrevesse tratados “pró-réu”. Como nunca houvera proposto uma única ação, dedicara seu labor intelectual a criar doutrina destinada a defender os réus do processo civil. Perguntado sobre o desequilíbrio que esse seu perfil impusera aos seus escritos, responderia, garboso: “– Dedico-me a proteger os réus dos rigores da Justiça Civil. Não acho que alguma vez os autores de ações cíveis devam levar vantagem. Sou a favor dos réus, oprimidos processuais. Torço sempre por eles”. Seria motivo de piadas. É claro que a razão está muitas vezes com o réu, mas em igual ou até em maior número de vezes estará com o autor. E não venham com o argumento falaz de que o processo civil cuida de interesses meramente patrimoniais e o processo penal cuida de interesses essenciais da vida em sociedade, por isso é mais importante defender os interesses do réu criminal do que do réu não-criminal. Já estou farto de ouvi-lo. O processo civil de hoje está muito longe do estereótipo de cuidar de interesses meramente pecuniários. Cuida de alguns valores tão essenciais quanto os do processo penal.

Embora mais embasado filosoficamente,<sup>(50)</sup> também não é válido o ponto de vista abolicionista. Eles, os abolicionistas, são do tempo em que as coisas eram simples e claras: os poderosos utilizavam o direito penal e o processo penal para perseguir os oprimidos. A razão humanitária, ao menos, aconselhava a proteção incondicional desses oprimidos processuais; afinal de contas, os representantes do Leviatã eram maus, e os representantes dos réus eram bons. Hoje, o Ministério Público criminal já trata – cada vez com maior frequência – de acusar indivíduos tão poderosos quanto governos. Falar em abolicionismo hoje é cerrar fileiras com os poderosos de plantão que começam a ser tocados pelo processo penal condenatório.

Assim, minha tese é no sentido de que o desequilíbrio existente hoje na doutrina penal deve-se, entre outros fatores, à pouca familiaridade que os advogados criminais brasileiros têm com a atuação no pólo ativo do processo penal. Isso ocorre, na verdade, porque raramente as vítimas são abastadas o

(50) São exemplos importantes dessa corrente Louk H. C. Hulsman e Jacqueline Bernal de Celis (“*Peines perdues le système pénal en question*”, de 1982) Eugenio Raúl Zaffaroni (“*En busca de las penas perdidas: deslegitimación dogmática jurídico-penal*” de 1989) e MARIA LÚCIA KARAM (“Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas”. In: “Revista Brasileira de Ciências Criminais” São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000. v. 29.

suficiente para constituírem um advogado para assistir o Ministério Público criminal. Parece incrível, mas vistas as coisas com objetividade, é possível afirmar que alguns membros do Ministério Público criminal têm, no aspecto de vivenciarem os dois lados do processo penal condenatório, uma experiência muito mais enriquecedora do que alguns advogados. Porque, com enorme frequência, os membros do Ministério Público criminal promovem o arquivamento de inquéritos policiais, requerem a absolvição de acusados; defendem-nos, enfim.

A esse propósito, o advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, teve esse grande mérito, isto é, integrar mais os advogados na defesa dos interesses das vítimas no juízo criminal. Embora, por outro lado, tenha amesquinhado os efeitos dessa tutela (uma cesta básica virou moeda de troca de qualquer ofensa), penso que sua virtude foi ter aproximado as vítimas, antes distantes, do processo penal condenatório.

É por isso que entendo que o Ministério Público criminal deveria concordar não com um corte do seu espaço, mas com o aumento do espaço de outros sujeitos processuais, especialmente no campo da legitimidade para o exercício da ação penal.

Não aconselho a quebra do monopólio da ação penal pública e muito menos a introdução da ação penal popular,<sup>(51)</sup> mas acho perfeitamente razoável a ampliação das hipóteses de ação penal privada e de ação penal condicionada à representação. A ação penal privada subsidiária é hoje uma cláusula constitucional pétrea.<sup>(52)</sup>

A rigor, a persecução penal das condutas típicas em que o dano causado à vítima seja meramente patrimonial, comportariam tranquilamente a ação penal privada. E em outros casos, em que ao dano patrimonial de uma vítima perfeitamente individualizada se agregasse a violência, com resultado de escassa gravidade, ou o uso de meios que colocassem em perigo a saúde ou a incolumidade física do réu, a ação penal poderia continuar pública e ficar condicionada à representação. Penso que um ambiente mais competitivo pelo espaço processual penal traria benefícios ao próprio Ministério Público criminal. É o que ocorre, no âmbito extrapenal, desde o advento do artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985,<sup>(53)</sup> com a ação civil pública, e do artigo 103 da

(51) Cf. por todos, JARDIM, Afranio Silva “Crítica à ação penal privada e popular subsidiárias” In: “*Justitia*”. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público. 1985. v. 130 e DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz “Ação penal popular”. In: “*Justitia*” São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público. 1989, v. 145.

(52) Cf. o inciso LIX do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

(53) “A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação,



Constituição da República de 1988<sup>(54)</sup> com as ações de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. Em ambos os casos, a ampliação do espectro de legitimados não operou como fator de redução de importância do Ministério Público. Ao contrário, qualificou-lhe a atuação.

Outra sugestão para ampliar a base de legitimados do processo penal seria, nos casos em que a proteção do bem jurídico tenha interesse coletivo, permitir a participação de organizações não-governamentais como assistentes do Ministério Público. Elas implementariam o objetivo de legitimar, via de sua publicização, o processo penal condenatório. Com essa ampliação, de carona, também se baliza eticamente a atuação dos atores do sistema penal.

Uma tendência, contudo, deveria ser contornada. A ampliação da base dos legitimados à discussão do caso penal não poderia induzir à demagogia penal. Se, em outros tempos, os acusadores públicos identificaram-se tão-somente com as causas puramente estatais, a tendência atual não pode ser a de se aliarem eles sempre e sempre com as demandas populares. O direito penal e o processo penal são assuntos públicos, ao mesmo tempo em que são populares. O Ministério Público criminal não pode dar-se ao luxo de esquecer o belíssimo apotegma, contido no § 2º do artigo 31 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia)<sup>(55)</sup> de que o temor da impopularidade não deve deter o profissional na busca pelo justo.

Porque nem sempre a causa que aguçava na sociedade o apetite por justiça é a mais justa. A sociedade, quando age como turba enfurecida, frequentemente esquece de valores fundamentais, como os do devido processo legal, da ampla defesa, da presunção de inocência etc. Daí porque a Justiça não pode se guiar exclusivamente pela pauta popular.

sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico” § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa ( )”.

(54) “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal; ( ) § 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”

(55) “Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão”.

Trata-se de um equilíbrio difícil, é verdade. Não é fácil identificar a causa correta a perseguir. A angústia é, de certa maneira, o preço a ser pago pelo princípio da independência funcional, insculpido no artigo 127, § 1º, da Constituição da República. Na prática, é cada vez mais necessário que o Ministério Público criminal atenda a uma demanda social por justiça, reprimida por anos de omissão, de cooptação, de exclusão. Mas também é necessário que não adira pura e simplesmente às teses populares, frequentemente demagógicas e opressivas. A linha entre a sabedoria popular e a demagogia é tênue. Essa lição remonta a Platão e a Aristóteles. É preciso optar pelo justo, ainda que nem sempre esse caminho esteja claro para o aplicador do direito.

Sei que é impossível cobrir todos os aspectos relacionados ao papel do Ministério Público criminal no 3º Milênio, pois muitas das questões relacionadas com esse tema nem surgiram. Contudo, ainda que tenha a certeza da incompletude, é importante fazer essas reflexões, até para confirmar esse vício de viver por escrito. Assim, para terminar minha análise, espero tecer algumas considerações sobre um dos mais importantes desafios futuros dos órgãos estatais de segurança pública e que, por essa razão, interessa ao Ministério Público criminal: o crime organizado.

O crime organizado coloca para o Estado moderno algumas questões importantes

Em primeiro lugar, a sua similitude com o próprio Estado inverte radicalmente a lógica tradicional do combate às criminalidades. No combate tradicional, o Estado é organizado e os criminosos não são: uma vantagem para o Estado, portanto. Quando se trata de combater o crime organizado, entretanto, o Estado se depara com uma entidade tão ou mais organizada que ele próprio. Poderia ser um empate, mas é uma vantagem para o crime organizado, pois a verdade é que o Estado houvera se acostumado a combater um opositor desorganizado.

Em segundo lugar, as organizações criminosas são dotadas de uma agilidade muito maior do que as organizações estatais.

Em terceiro lugar, as organizações criminosas possuem uma vantagem estratégica, essencial nas ações que desenvolvem: não agem eticamente. É claro que algumas organizações, como a *Cosa Nostra* siciliana, possuem regras éticas rígidas;<sup>(56)</sup> mas se trata de uma ética ao contrário, que vale somente enquanto instrumento de vivificação da própria atividade criminosa. Essa “ética pragmática” do crime organizado é fator de agilização da própria atividade.

(56) Cf. a respeito desse tema PADOVANI, Marcelle e FALCONE, Giovanni. “*Cosa nostra*: o juiz e os ‘homens de honra’”. Tradução de Maria D. Alexandre. Rio de Janeiro: Bertrand, 1993.



E quais são suas desvantagens? Penso que a principal delas – e é aí que reside um trunfo do Estado – é o fato de que o crime organizado depende do anonimato para atuar e para sobreviver. Não somente opera na clandestinidade, na marginalidade, no segredo; precisa desses elementos para continuar a ser operativo e lucrativo. O Estado, ao contrário, apesar de toda a crise de legitimidade que hoje experimenta, pode operar publicamente. Trata-se de uma vantagem considerável, pois toda e qualquer divulgação das atividades das organizações criminosas representa, para elas, um formidável golpe. Isso porque o segredo, quando revelado, não pode mais ser reconstituído; é como o espelho quebrado. A publicação das atividades criminosas de um grupo, ou das atividades lícitas financiadas pelo *dennaro sporco*, asfixia-o, condena-o a uma morte agônica.

Todavia, para empreender esse combate, o Estado precisa confirmar-se como um organismo legítimo, moralmente fundado. E o papel do Ministério Público criminal – como cobrador dessa atitude – acentua-se.

Dou-lhes um exemplo da importância do papel vigilante do Ministério Público criminal nesse caso. Uma das táticas mais comuns do crime organizado – prática essa parcialmente revelada em recente Comissão Parlamentar de Inquérito – é a de infiltrar-se nos órgãos estatais de prevenção e repressão à criminalidade. Com isso, busca uma falsa certificação da própria licitude ou, no mínimo, através da informação privilegiada, reduzir a eficácia das ações policiais. As tramas de semelhante malha de corrupção freqüentemente não são possíveis de deslindar. Está clara a importância, nesse caso, da vigilância atenta com relação a todas as atividades dos órgãos de segurança do Estado.

Se não é suficiente esse papel, mostro-lhes outro em que a importância da atuação esquadriadora do Ministério Público criminal também se apresenta evidente.

Já é um axioma das análises relacionadas com o crime organizado que todo e qualquer combate eficaz contra seus tentáculos somente se pode realizar dentro de um Estado Democrático de Direito. Afirmo que, historicamente, todas as tentativas de combater as criminalidades – especialmente as organizadas – dentro de estruturas ditatoriais ou através de práticas autoritárias, sempre deram muito errado. Com isso quero dizer que não somente não conseguiu combatê-las, como engendrou novas formas de criminalidade, piores do que as anteriores. Tal como os organismos microscópicos necessitam do calor para se reproduzirem, a criminalidade organizada alimenta-se da clandestinidade, dela e do próprio Estado.

O exemplo mais evidente dessa realidade é o da Rússia. Estima-se que hoje cerca de quarenta por cento de sua economia esteja nas mãos de organizações criminosas. E, o que é mais surpreendente, a imensa maioria dessas organizações foram forjadas dentro dos antigos órgãos policiais soviéticos, desmantelados a partir da queda da ditadura. Isto é: as estruturas

policiais autoritárias, além de não conseguirem o objetivo aparentemente colimado, somaram-se às antigas organizações criminosas, para dividirem os proventos da atividade ilícita<sup>(57)</sup>.

Nós temos, por vezes, nostalgia da disciplina de ferro, do tempo em que as coisas aparentemente funcionavam. Queremos que o Estado lance mão de instrumentos autoritários para corrigir as criminalidades. Que prenda e arrebe. Esse tipo de solução, entretanto, apenas aprofunda as marcas que o autoritarismo causa nas pessoas. O efeito pedagógico proporcionado tanto pela ditadura quanto pela democracia é inegável. Trata-se de sabermos qual efeito é desejável. A maior parte da população russa, deseducada por anos de ditadura, talvez ache normal a promiscuidade entre policiais, funcionários do Partido Comunista, ex-membros do *Politburo* e criminosos.

Daí porque reafirmo que o papel do Ministério Público criminal em relação ao crime organizado não é o de combatê-lo, mas o de balizar eticamente a atuação dos órgãos de segurança pública. De velar para que não se desviem da missão original. De cuidar da democracia como fermento dessa atividade. Afinal de contas, o artigo 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>(58)</sup> dispôs que o Ministério Público, além do dever de defender a ordem jurídica e os interesses sociais e individuais indisponíveis, tem o de preservar o regime democrático. No caso do crime organizado, antes de ser uma afirmação meramente retórica, essa disposição tem importância central.

Como instrumento desse trabalho, penso que o Ministério Público criminal tem cada vez menos que depender de sensacionais medidas processuais constritivas, embora elas sejam muita vez indispensáveis. Antes, o Ministério Público criminal precisa otimizar sua capacidade de agregar provas aos processos penais condenatórios. Isso porque a prova, além de possuir um conteúdo processual, tem também um conteúdo moral inexcusável. Quando o Ministério Público criminal prova que uma organização está voltada à prática criminosa, ela é, *ipso facto*, moralmente destruída. Na maior parte das vezes, mesmo a atividade hoje lícita, mas inicialmente financiada pelo crime organizado, quando descoberta, sofre um irremediável dano em sua imagem.

Penso, portanto, que a grande luta do Ministério Público criminal para o próximo século deve ser a de formar um quadro de funcionários capazes de

(57) Cf. a propósito, CUSANO, Pina e INNOCENTI, Piero. *Le organizzazioni criminali nel mondo: da Cosa Nostra alle Triadi dalla mafia russa ai narcos alla Yakuza*. Roma: Editori Riuniti, 1996, págs. 93-104.

(58) "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".



auxiliar seus membros na tarefa de investigação ou de complementação das investigações realizadas pelos órgãos policiais. Oficiais de diligências, peritos, investigadores, cientistas etc.: o Ministério Público criminal precisa dessa espécie de apoio técnico para desempenhar sua função no próximo século. Afinal, a pedra de toque da atuação do Ministério Público criminal é a de comprovar os fatos criminosos e de ensejar a aplicação do direito material. Esse é seu mais pesado ônus. Por isso, exige maior esforço na sua realização.

### Conclusão

A conclusão desse trabalho está contida nas linhas anteriores. A ela agrego apenas uma profissão de fé no trabalho desenvolvido pelos membros do Ministério Público criminal. Uma crença de que o trabalho desenvolvido até hoje – tão frutuoso que conseguiu granjear o apoio da opinião pública e o ódio de alguns poderosos – será aprofundado e aperfeiçoado.

Ao contrário de alguns críticos, até hoje não percebi exageros na atuação do Ministério Público criminal. Com isso não quero dizer que concordo com todos os seus pleitos processuais. Subscreveria alguns e não subscreveria outros, está claro. Mas é impossível assacar-lhes a pecha de excessivos. Se o Ministério Público criminal tivesse o poder de determinar a prisão de alguém, isto é, sem o concurso da manifestação do Poder Judiciário, poder-se-ia dizer que em um ou em outro caso concreto desbordou de seus limites. No sistema brasileiro, porém, o Ministério Público criminal não decide nada contra a esfera de interesses jurídicos de quem quer que seja. O Ministério Público criminal requer, solicita, por vezes exige; não há exagero nisso. Se, por hipótese, requer uma providência contra alguém e o juiz a defere, a conclusão óbvia é de que o pleito não era desarrazoado. Podia não ser o melhor, mas não era absurdo. Havia pelo menos uma fumaça de bom direito. Além disso, é certo que fazia seu trabalho: “O advogado, na esfera de suas atribuições, colabora para isso [refere-se à realização da justiça penal] da mesma forma que o Ministério Público. Seria tão inútil indignar-se com a tendência às vezes exageradamente repressiva deste como com a tendência às vezes exageradamente indulgente daquele. Tanto um quanto outro estão em seus papéis, apresentando teses diametralmente opostas, ante as quais a recriminação seria tão inoportuna quanto o louvor. Eles não têm a missão de julgar o crime, mas somente a de acusar ou defender o criminoso. Por que censurá-los por cumpri-la conscienciosamente demais? E se por acaso advir que o veredito do júri não seja o que devia ter sido, será justo atribuir a culpa disso a quem não estava encarregado de julgar?”<sup>(59)</sup>

(59) ROBERT Henri. “O advogado”. Tradução de Rosemary Costhek Abílio e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. pág. 68.

As palavras não são minhas, são do grande advogado francês Henri Robert. A lição de compreensão, que encerram, com o papel desempenhado pelos atores do processo penal, é deveras irresponsável. Seria desnecessário acrescentar mais. Exceto, talvez, que deveriam ser compartilhadas por todos quantos atuam na área. A partir dessa compreensão teremos a chance de construir um verdadeiro sistema penal, que declare a culpa e puna todos – e apenas – os autores de crimes.